

Ein Gespräch mit... Prof. Dr. Andreas Paulus

JuWiss Redaktion

2016-03-23T08:40:48

von [JUWISS-REDAKTION](#)



Quelle: bundesverfassungsgericht.de

Die 56. Assistententagung Öffentliches Recht 2016 ist vorüber. Für das kommende Jahr haben uns die wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fernuniversität ins schöne Hagen eingeladen. Über eine Woche später wirken jedoch noch die Eindrücke der diesjährigen Tagung nach – vor allem die Podiumsdiskussion zum Thema „Europa – Verirrt auf dem Pfad der Integration?“. Im Rahmen unserer Interviewreihe hatten wir die Gelegenheit, den Diskutanten des Abends [Prof. Dr. Dietrich Murswiek](#) und [Prof. Dr. Dr. \(h.c.\) Angelika Nußberger, M.A.](#) einige Fragen zum Thema zu stellen. Auch [Prof. Dr. Andreas Paulus](#), Richter des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts, nahm sich am Morgen nach der Diskussion die Zeit für ein Gespräch.

Welche Assoziationen kommen Ihnen in den Sinn, wenn Sie an das Thema der diesjährigen Assistententagung – „Pfadabhängigkeit hoheitlicher Ordnungsmodelle“ – denken?

Pfadabhängigkeit ist zunächst ein politikwissenschaftlicher oder ökonomischer Begriff. Demnach fällt das Umkehren oder Abweichen von einem einmal eingeschlagenen Weg schwer. Das ist aus verfassungsrechtlicher Sicht erst einmal etwas Positives. Die Verfassung versucht ja letztlich, Pfadabhängigkeit zu schaffen, in dem sie grundlegende Entscheidungen mit einer gewissen Permanenz versieht.

Manchmal läuft Pfadabhängigkeit aber auch darauf hinaus, dass man von einem bestimmten Weg nicht mehr wegkommt, auch wenn das sinnvoll wäre. Oder dass bestimmte Lösungen, die eine Gesellschaft gefunden hat, als zufällig erscheinen. Sie haben sich historisch so entwickelt, auch wenn man sie neu nicht mehr so träge. Für einen Richter bedeutet das, auch von unverbindlichen Präzedenzfällen eines Gerichts nur selten abzuweichen, weil die Stetigkeit der Rechtsprechung eine eigene Qualität aufweist.

Daher würde ich Pfadabhängigkeit insgesamt nicht zu sehr negativ besetzen, wie das vielleicht in der Ökonomie der Fall ist. Sondern in ihr manifestiert sich auch die historische Erfahrung einer Gesellschaft, die soweit möglich für die Einhaltung ihrer Grundprinzipien sorgt und ihr damit Stabilität gibt.

Im Rahmen der diesjährigen Assistententagung werden auch Frage nach den Bedingungen und Grenzen des Konzepts der Pfadabhängigkeit gestellt. Wie bewerten Sie den Topos „Pfadabhängigkeit“ als rechtswissenschaftlichen Begriff?

Pfadabhängigkeit kann in einen Gegensatz zur Demokratie geraten. Wenn ich von einem eingeschlagenen Pfad abhängе, dann habe ich wenige oder keine Alternativen, jedenfalls wenig vielversprechende Alternativen. Und damit habe ich nicht das, was eine Demokratie auszeichnet, nämlich die Wahl zwischen verschiedenen Modellen. Dies kann positiv sein, wenn es beispielsweise um Verfassungswerte geht, über die man nicht hinwegkommt. Oder aber es kann problematisch sein, wenn die Demokratie nicht funktioniert, weil es keine vernünftige Auswahl gibt. Aus dieser Perspektive steht die Alternativlosigkeit in einem Gegensatz zur Demokratie, in der das Volk und seine Vertreter zwischen verschiedenen Möglichkeiten wählen können.

In der Rechtsprechung spielt das beispielsweise im Hinblick auf den Gleichheitssatz im Steuerrecht eine Rolle. Es gibt einen weiten Spielraum des Gesetzgebers für die Entscheidung, was er besteuert oder was nicht. Wenn der Gesetzgeber aber einen bestimmten Weg, einen Steuergegenstand gewählt hat, so muss er ihn konsequent durchhalten, es sei denn, die Abweichung ist wiederum selbst durch eine gesetzgeberischen Zielvorstellung begründet. In diesem Sinne stellt die Folgerichtigkeit als Unterfall des Gleichheitssatzes eine Pfadabhängigkeit im Recht dar.

Der von Ihnen angesprochene Begriff der Folgerichtigkeit im Steuerrecht ist vielleicht einer der prägnantesten Ausdrücke, die der Topos der Pfadabhängigkeit in der deutschen Rechtsordnung findet. Können Sie darüber hinaus Rechtsgrundsätze im Recht identifizieren, wo sich ein Prinzip der Pfadabhängigkeit verwirklicht?

Man könnte diese steuerrechtliche Anwendung des Gleichheitssatzes verallgemeinern, aber man muss aufpassen, dass man nicht aus Gründen der Folgerichtigkeit die demokratische Entscheidung des Gesetzgebers zu stark einschränkt. Das zu fordernde Maß an Folgerichtigkeit ist wiederum dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unterworfen. Man muss dem Gesetzgeber auch erlauben,

bestimmte Dinge zu ändern, gegebenenfalls muss er sie unter Umständen ein wenig abmildern. So gibt es die Forderung nach Übergangsbestimmungen, was nicht auf das Steuerrecht begrenzt ist.

***Apropos Steuerrecht und die Abänderbarkeit von Entscheidungen:
Dies betrifft die auch die Entscheidung Ihrer Kolleginnen und Kollegen
des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015 – die „[Treaty Override](#)“-
[Entscheidung](#). Sie haben sich in einem früheren Beitrag mit den Konzepten
der Völkerrechtsfreundlichkeit und Völkerrechtsskepsis auseinandergesetzt
und als zwei Pfade in der politischen Praxis der deutschen Exekutive und
Legislative beschrieben. Welche Aspekte der Abweichenden Meinung von
Richterin König zum Beschluss des Zweiten Senats betrachten Sie vor diesem
Hintergrund für besonders erwägenswert im Hinblick auf die rechtliche und
politische Praxis der deutschen Exekutive und Legislative?***

Die Entscheidung betrachte ich vor allem als eine Zuweisung einseitiger Vertragsänderungen an die Legislative. In der Tat erlaubt Art. 59 Abs. 2 GG nach dem Beschluss des Zweiten Senats der Legislative als Ausdruck der Demokratie, Vertragsgesetze trotz völkervertraglicher Bindung innerstaatlich zu revidieren. Das bedeutet aber andererseits auch, dass die Legislative für ihre Entscheidung die Verantwortung trägt, einschließlich ihrer völkerrechtlichen Konsequenzen wie beispielsweise der Haftung. Wenn die Legislative ihre Kompetenzen wahrnimmt, so muss sie ebenso wie die Exekutive die Folgen in den Blick nehmen und Folgeverantwortung tragen. Die Kollegin König hebt in ihrer abweichenden Meinung stärker als die Senatsmehrheit die Bindungen hervor, die das Rechtsstaatsprinzip auch für die Legislative bei ihren Entscheidungen enthält.

Aber auch der Senat hat deutlich gemacht, dass die Legislative Grenzen völkerrechtlicher Art beachten muss, wenn es um Grundrechtsfragen geht. Es ging dem Beschwerdeführer ja letztlich um das Recht, keine Steuern für einen bestimmten Gegenstand zahlen zu müssen, was sicherlich kein Grundrecht im engeren Sinne ist. Es gibt nur ein Grundrecht, keine Steuern ohne gesetzliche Grundlage zahlen zu müssen. Der Senat hat klargestellt, dass im menschenrechtlichen Bereich oder im Bereich des allgemeinen Völkerrechts diese Freiräume für das Parlament nicht in gleicherweise existieren. Es ist also keine Entscheidung, die zu einer weitgehenden völkerrechtlichen Bindungslosigkeit der Legislative führen würde. Das wird im Sondervotum vielleicht noch deutlicher als in der Senatsentscheidung, ist aber beiden gemeinsam.

Sowohl in der Senatsmehrheit als auch in der Abweichenden Meinung kommt eine Pflicht zur Abwägung zwischen Freiheit und Gebundenheit zum Ausdruck. Könnte man diese Pflicht zur völkerrechtsfreundlichen Abwägung als eine echte Rechtspflicht der Legislative auffassen, wenn sie einen Treaty Override erwägt?

Gerade die Frage, ob dies eine echte Rechtspflicht ist, ist ja der Unterschied zwischen der Senatsmehrheit und der Richterin König. Es gibt sicherlich eine Verantwortung und vielleicht auch eine Obliegenheit der Legislative, für die Einhaltung des Völkerrechts einzustehen – aber auch für Folgewirkungen für die

Glaubwürdigkeit der Bundesrepublik bei der Nichtbeachtung völkerrechtlicher Verträge. Aber das gibt der Ausgangsfall nicht so ganz her, da es keineswegs um die Interessen der Vertragspartner Deutschland und Türkei, sondern um die Interessen Dritter, nämlich bestimmter Steuerbürger, an der Steuervermeidung ging. Es ging letztlich um einen völkerrechtlichen Vertrag zugunsten Dritter, Lücken auszunutzen, die das Doppelbesteuerungsabkommen eröffnet, so dass diese Folgewirkungen vom Parlament mit einer gewissen Berechtigung als nicht sehr hoch eingeschätzt werden konnten. Aber die Verantwortung für sämtliche Entscheidungsfolgen liegt damit beim Parlament, wenn es die Rechte in Anspruch nimmt, die die Demokratie und Art. 59 Abs. 2 GG der Legislative geben.

Wie ließe sich diese Entscheidung beurteilen, wenn sich der Fall nicht nur im Bereich des Art. 59 Abs. 2 GG, sondern auch in dem vom Senat angesprochenen Bereich des Art. 23 GG bewegt hätte – beispielsweise bei gemischten Abkommen der Europäischen Union? Der mitgliedstaatliche Teil eines gemischten Abkommens bleibt ja in der Verantwortung des nationalen Gesetzgebers. Müssten der Gesetzgeber oder der Senat mit Blick auf den Grundsatz der Europafreundlichkeit zu einer anderen Entscheidung kommen?

Wir müssen unterscheiden zwischen dem europarechtlich determinierten Teil, für den der europarechtliche Anwendungsvorrang gilt, und der Anwendung der nationalen Grundrechte im nicht europarechtlich determinierten Bereich. Im Bereich des Unionsrechts gilt der Anwendungsvorrang, auch praeter, nicht aber contra constitutionem wie beispielsweise in Bezug auf die Grundrechtsfähigkeit von juristischen Personen aus dem EU-Ausland. Insoweit ist in Deutschland noch nicht abschließend geklärt, inwieweit der Vorrang des Europarechts über der Verfassung steht. Aber es ist sicherlich eindeutig in der Rechtsprechung, dass die Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG und auch des Art. 23 Abs. 1 GG auch für die verfassungsrechtliche Anerkennung des Anwendungsvorrangs gelten. Aber das sind sehr weite Grenzen. Das ist in dem Fall des Treaty Override für das Völkervertragsrecht anders.

In dem europarechtlich nicht determinierten Bereich gilt grundsätzlich die Freiheit des Gesetzgebers, die Dinge zu regeln, und dann gilt auch das deutsche Recht in vollem Umfang, einschließlich der Anwendung der nationalen Grundrechte. In der Tat werden diese Unterscheidungen in der Praxis nicht immer beachtet, aber sie sind ganz wesentlich, weil sie den Spielraum und die Geltung deutschen Rechts im Allgemeinen, aber auch den Geltungsbereich der deutschen Grundrechte bestimmen. Deswegen prüft das Bundesverfassungsgericht hier in einem stärkeren Umfang, als es das sonst in einfachrechtlichen und europarechtlichen Fragen tut.

Der zweite Teil des Gesprächs wird am morgigen Donnerstag erscheinen.

